

## La Lettre de Lyon

Mars 2007

### Sommaire

▼	<b>Edito</b>	2
▼	<b>Le dossier</b>	3
	Engagement collectif de conservation (sociétés non cotées)	3
▼	<b>Fiscalité</b>	4
	Entrée en vigueur des nouvelles règles de sous-capitalisation	4
	Plus-values des particuliers sur cession de titres	4
▼	<b>Droit social</b>	4
	Golden parachute	4
▼	<b>Droit des affaires</b>	5
	Souscription au capital des PME	5
	Centres commerciaux : renforcement des obligations du bailleur	5
▼	<b>Droit pénal des affaires</b>	5
	La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales	5
▼	<b>Droit public des affaires</b>	6
	Transport de voyageurs et contrat de service public	6
▼	<b>Propriété industrielle et Contrats</b>	6
	Projet de loi de lutte contre la contrefaçon	6
	Codification de la clause de réserve de propriété	6

## Edito

Chers lecteurs,

Nous avons le plaisir de vous adresser le nouveau numéro de notre newsletter pour le mois de mars 2007.

Les Avocats de notre Cabinet ont sélectionné pour vous , plusieurs sujets d'actualité dans chacun des domaines de spécialité traités par notre Cabinet.

Par ailleurs, le dossier de ce mois aborde une question importante de gestion de patrimoine sous l'aspect des engagements collectifs de conservation de titres.

Nous vous souhaitons bonne lecture.

**Jérôme Lucas**

Avocat Associé

[lalettre@bfl-avocats-lyon.com](mailto:lalettre@bfl-avocats-lyon.com)

## ENGAGEMENT COLLECTIF DE CONSERVATION

(sociétés non cotées)

Conscient que le coût des droits de transmission à titre gratuit était de nature à freiner la transmission des entreprises familiales et que, de surcroît, la détention directe ou indirecte après cession de moins de 25 % des titres de la société exploitante, aboutissait à faire sortir le chef d'entreprise du champ de l'exonération de l'ISF au titre de l'outil de travail : le législateur a institué une exonération partielle de 75 % de la valeur des droits sociaux assujettis aux droits de mutation par décès, et de donation entre vifs et à l'ISF pour le dirigeant qui viendrait à détenir moins de 25 % du capital social avec son groupe familial.

Nous nous limiterons à rappeler dans cet article d'information les conditions essentielles qui gouvernent cette exonération en renvoyant au prochain numéro les spécificités de l'apport de titres à une société holding et la donation avec réserve d'usufruit.

### TITRES CONCERNES

- a) Les titres de toute société, quelle qu'en soit la forme et le régime fiscal, exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale (ci-après la société opérationnelle).
  - b) Les titres de toute société holding animatrice de son groupe.
  - c) Les titres de toute société interposée (Société interposée simple ci-après SIS).
  - d) Les titres de toute société associée de la société interposée (Société interposée double ci-après SID).
- Les sociétés visées au c) et d) peuvent ne pas être animatrices de leur groupe.

### OBJET

L'engagement collectif doit porter sur au moins 34 % des titres d'une société non cotée et 20 % s'il s'agit d'une société cotée.

Les mêmes titres peuvent être affectés à des engagements collectifs comportant des périmètres différents.

Un associé peut adhérer à plusieurs engagements collectifs comportant des périmètres différents.

### MAINTIEN DU NIVEAU DE PARTICIPATION

**Détention directe :** chaque associé doit maintenir sa participation au nombre de titres qu'il détenait au jour de la signature de l'engagement et pendant toute la durée de celui-ci.

#### Détention indirecte :

SIS : Maintien de la participation détenue dans la société interposée sauf transmission à titre gratuit si le donataire, le légataire ou l'héritier conserve les titres transmis pendant la durée restant à courir de l'engagement collectif.

SID : Maintien de la participation interposée (S1) détenant les titres de la société (S2) signataire de l'engagement collectif, laquelle détient la participation dans la société opérationnelle.

### DUREE DE L'ENGAGEMENT

**ISF :** Six ans de date à date d'enregistrement de l'engagement sous seings privés ou de la date de l'acte authentique s'il est notarié.

### TRANSMISSION A TITRE GRATUIT

Couplage d'un engagement collectif d'une durée minimale de deux ans pris par le défunt ou le donateur pour lui et ses ayants cause à titre gratuit avec d'autres associés avec un engagement individuel de conservation des titres sous engagement pris par chaque héritier, donataire ou légataire, soit dans la déclaration de succession, soit dans l'acte de donation, pour une durée de six ans décomptée à partir du terme de l'engagement collectif d'une durée minimum de deux ans.

La loi de finances pour 2007 dispense de l'engagement collectif de conservation écrit et enregistré le tenant pour acquis lorsque :

\* Les parts ou actions détenues depuis deux ans au moins par le défunt ou le donateur **et** son conjoint dépasse le seuil de 34 % (sociétés non cotées),

\* Le défunt, le donateur **ou** son conjoint exerce effectivement depuis plus de deux ans à la date de la transmission une fonction de direction au titre d'un mandat social (société IS) ou son activité professionnelle principale (société non IS).

### ADHESION D'UN DIRIGEANT

#### ISF :

L'adhésion d'un dirigeant de la société opérationnelle à l'engagement collectif est nécessaire pendant **toute** la durée de l'engagement étant précisé qu'en cas de changement de direction un délai de vacance de trois mois est admis. L'article 885 bis du CGI n'impose pas de condition tenant à la rémunération perçue par l'associé signataire dirigeant.

### TRANSMISSION A TITRE GRATUIT

L'un des signataires de l'engagement collectif ou l'un des héritiers, donataires ou légataires doit exercer **au jour** de la donation ou dans les **six mois** du décès une fonction de direction (sociétés IS) ou son activité professionnelle principale au sein de la société opérationnelle (société non IS) pendant les cinq ans qui suivent la date de la transmission.

Il n'est pas exigé que la direction soit effectivement exercée par la même personne pendant les cinq années.

André Boyer

# Fiscalité

## Entrée en vigueur des nouvelles règles de sous-capitalisation

Le législateur, fin 2005, avait laissé aux entreprises un délai pour se préparer à la réforme profonde des règles de sous-capitalisation, désormais applicable pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007.

Son champ d'application a été élargi car il s'applique aux intérêts afférents à des sommes prêtées par les entreprises « liées » et quelle qu'en soit la localisation. Il n'est donc plus question de substituer une autre société du groupe à la société mère pour échapper aux règles de sous-capitalisation. Le taux maximum de déductibilité des intérêts est maintenu mais la référence à 1,5 fois le montant du capital social a été remplacée par 3 critères plus économiques pour apprécier la

sous-capitalisation : un endettement global excédant 1,5 fois les capitaux propres, un ratio de couverture d'intérêts égal à 25 % du résultat courant avant impôt retraité des amortissements, et un montant d'intérêts versés n'excédant pas celui des intérêts perçus d'autres sociétés liées. Des simulations peuvent permettre aux sociétés de définir dès maintenant quelle direction donner à leur politique de financement.

Enfin, précisons qu'il n'y a aucune réintégration à opérer lorsque les intérêts concernés n'excèdent pas 150 000 € et que des règles spécifiques s'appliquent dans les groupes intégrés. ■

Emmanuel Faury  
Jérémy Duret

## Plus-values des particuliers sur cession de titres

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, les plus-values sur titres des particuliers sont réduites d'un abattement égal à 1/3 par année de détention au-delà de 5 ans, ce qui conduit à une exonération totale pour des titres détenus depuis plus de 8 ans. Les premiers effets de ces dispositions n'interviendront qu'en 2012, mais le législateur a institué un dispositif d'application immédiate, spécifique aux dirigeants des PME qui cessent leurs fonctions et font valoir leurs droits à la retraite dans les 12 mois précédant ou suivant la cession.

Dans une instruction 5 C-1-07 du 19 janvier 2007, l'administration fiscale a commenté ce dis-

positif et a apporté de nombreux assouplissements intéressants, en particulier :

- lorsque le cédant est dirigeant de plusieurs sociétés, la condition relative à la rémunération de la fonction de direction peut s'apprécier par rapport aux rémunérations perçues dans les sociétés autres que celles dont les titres sont cédés ;
- l'abattement est susceptible de profiter au cédant remplissant les conditions posées par le dispositif mais également aux membres de son groupe familial. ■

Emmanuel Faury  
Jérémy Duret

# Droit social

## Golden parachute

Les contrats de travail des dirigeants prévoient fréquemment des indemnités les protégeant d'une éventuelle rupture de leur contrat. La validité des ces « golden parachute » fait souvent l'objet de débats, les juges considérant qu'il s'agit de clause pénale pouvant être réduite en vertu de l'article 1244 du Code civil. Une illustration récente en est donnée par la Cour de cassation. Un salarié est engagé en qualité de directeur général. Son contrat prévoyait une indemnité s'élevant à 12 mois de salaire brut annuel en cas de licenciement la première année, 8 mois de salaire pour un licenciement prononcé la deuxième année et 4 mois de salaire en cas de licenciement la troisième année. La société est mise en redressement judiciaire par jugement du tribunal de commerce 1 mois et demi après son embauche. Le salarié est licencié un mois et demi après la mise en redressement judiciaire. Lors du contentieux prud'homal que le salarié a initié, la

cour d'appel a limité à la somme de 38 000 euros le montant de l'indemnité contractuelle de licenciement. La Cour de cassation rappelle que « l'indemnité de licenciement, lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail, a le caractère d'une clause pénale et peut être réduite par le juge si elle présente un caractère manifestement excessif. » La Cour précise « que la cour d'appel, qui a relevé que l'indemnité contractuelle de licenciement était dégressive en fonction de l'ancienneté contrairement aux usages et, par son montant, dépassait "ce que les relations de travail impliquent habituellement", a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision. » Le fait que le salarié n'ait travaillé que 3 mois a donc été pris en compte pour limiter le montant de l'indemnité qui aurait dû être, en vertu du contrat, de 12 mois de salaire (Cass. soc. 20 décembre 2006 n° 05-43.409). ■

François Coutard  
Guillaume Bossy

## Droit des affaires

### Souscription au capital des PME

La réduction d'impôt sur le revenu accordée aux personnes physiques au titre des souscriptions au capital des PME vient d'être prorogée par la loi de finances pour 2007 jusqu'au 31 décembre 2010, avec différents aménagements applicables aux versements réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007. Le bénéfice du dispositif est étendu aux sociétés établies dans un Etat membre de la CE, en Norvège ou Islande. Les souscriptions doivent être réalisées au profit de sociétés « opérationnelles ». Les sociétés holding animatrices soumises à l'IS sont éligibles sous certaines conditions. En revan-

che, sont exclues du dispositif les sociétés qui gèrent leur propre patrimoine immobilier ou encore, ce qui est nouveau, les holding non animatrices. Enfin, la période durant laquelle le montant des versements excédant la limite annuelle de 20 000€ (contribuables seuls) ou 40 000€ (contribuables mariés) peut être imputé sur l'impôt au titre des années suivantes, est portée de 3 à 4 ans. La réduction d'impôt, égale à 25 % des versements effectués, peut ainsi atteindre un maximum de 25 000€ ou 50 000€ (pour les contribuables mariés). ■

Jean-Philippe Clement  
Muriel Michouland

### Centres commerciaux : renforcement des obligations du bailleur

Dans un arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation a jugé qu'il devait être recherché « si le défaut d'entretien des parties communes d'un centre commercial n'avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail ». La solution dégagée par la Cour de cassation constitue un revirement au regard d'une jurisprudence bien établie. Dans cette affaire, où aucune clause des baux n'imposait explicitement au bailleur une obligation d'entretien des parties communes, les preneurs soutenaient que leur centre commercial était laissé à l'abandon, et avaient assigné le bailleur en réfection de la galerie marchande et en indemnisation de leur préju-

dice. En se fondant sur l'obligation du bailleur d'assurer au preneur une jouissance paisible de la chose louée (art. 1719 C.civ.), la Cour entend faire savoir que l'obligation d'entretien du bailleur ne saurait se limiter aux biens visés au bail, et qu'elle doit nécessairement être étendue aux parties communes de galerie marchande.

Ainsi le bailleur se trouve tenu d'une obligation d'entretien de l'environnement du local afin d'en préserver la commercialité. Dans les faits, local commercial et galerie marchande sont indissociables, et la jouissance « efficiente » du premier est liée à l'entretien de la seconde. ■

Jean Claude Trambouze  
Thomas Dodin

## Droit pénal des affaires

### La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales

Dans l'attente d'une refonte de la procédure pénale annoncée pour le second semestre 2007, la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales apparaît comme la réforme de droit pénal la plus significative et la plus importante de l'année écoulée. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée pour l'ensemble des crimes, délits et contraventions existants, (à l'exception toutefois des délits de presse et audiovisuels) commis à compter de cette date, en application de la loi dite PERBEN II du 9 mars 2004. Auparavant, l'article L121-2 du Code pénal disposait que seules les infractions prévues limitativement par les textes pouvaient engager la responsabilité pénale d'une personne morale. La Circulaire ministérielle du 13 février 2006 indique qu'en cas d'infraction intentionnelle, les poursuites s'exerceront contre la personne physique auteur ou complice et contre la personne morale bénéficiaire de l'infraction. En revanche, pour les infractions non intentionnelles ou de nature technique, les poursuites contre la seule personne morale seront privilégiées et la personne physique ne sera poursuivie que si une faute personnelle est établie. En ce

qui concerne les peines, les personnes morales encourent une amende d'un maximum égal à cinq fois le montant encouru par les personnes physiques, outre certaines peines complémentaires. La Circulaire du 13 février 2006 propose en annexe, une liste des principales infractions pour lesquelles la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales présente un intérêt pratique particulier : infractions aux règles d'hygiène et de sécurité, harcèlement moral, discrimination aggravée, démarchage à domicile ou pratiques commerciales prohibées, falsification de documents de travail, défaut de licence de transport, dépassement du temps de conduite, incitation à l'excès de vitesse en matière de transports routiers, abus de biens sociaux entre sociétés d'un même groupe et présentation de comptes inexacts... Par ailleurs compte tenu du caractère récent de la réforme, il est prématuré d'indiquer la pratique des parquets quant à l'alternative éventuelle entre poursuites des personnes physiques et morales dans le domaine des infractions non intentionnelles ou de nature technique ■

Xavier Vahramian  
Julien Combier

# Droit public des affaires

## Transport de voyageurs et contrat de service public

Après cinq années d'intenses discussions, les institutions communautaires sont enfin parvenues à un accord sur la nouvelle mouture du règlement « relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route » ; abrogeant ainsi les règlements n°1191/69 et 1107/70 du Conseil. Ce texte, dont l'entrée en vigueur sera progressive, introduit des modifications substantielles dans les modalités de financement de ce service public structurellement déficitaire. Ainsi, les autorités organisatrices du transport public de voyageurs par route, par chemin de fer et même (sur option) par voie navigable, pourront, en toute légalité, imposer des obligations de service public (OSP) particulières et financer intégralement le surcoût lié à la prise en charge de ces obligations. Une « concurrence régulée » est néanmoins introduite puisque ce financement n'est possible que s'il s'inscrit dans la procédure nouvelle de passation de contrats de service public. Ces derniers, qui seront précédés d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables au

niveau européen, devront définir clairement les OSP imposées, établir à l'avance, de façon objective et transparente, les paramètres sur la base desquels la compensation doit être calculée, prévoir des mécanismes permettant d'interdire les risques de surcompensation ou de subventions croisées, mais aussi garantir à l'entreprises sélectionnée une rémunération raisonnable. La procédure d'attribution de ces contrats de service public, qui présente des similitudes nombreuses avec le droit des marchés publics, offre néanmoins un accès facilité aux « opérateurs internes ». Ceux-ci (parmi lesquels on pourra compter, en France, les Etablissements publics, les SEM ou les Syndicats mixtes) pourront en effet contracter directement (c.a.d sans mise en concurrence) avec les collectivités publiques compétentes, sous la réserve néanmoins de cantonner géographiquement leurs activités et de ne pas soumissionner à d'autres contrats de service public. ■

Michaël Karpenschif

## Propriété industrielle et Contrats

### Projet de loi de lutte contre la contrefaçon

Le projet de loi de lutte contre la contrefaçon transposant en droit interne la Directive relative au respect des droits de Propriété Intellectuelle a été récemment adopté par le Gouvernement. L'une des mesures phare de la Directive était l'adoption, au plan communautaire, de la saisie-contrefaçon française. Le projet de loi ne comporte donc que des ajustements sur cette procédure bien connue des praticiens français. En revanche, le projet comporte des dispositions qui vont sensiblement modifier les habitudes françaises :

- droit à l'information permettant de contraindre les personnes trouvées en possession de marchandises contrefaisantes à fournir des informations sur leur origine,
- rappel ou mise à l'écart des circuits commerciaux des marchandises jugées contrefaisantes,
- nouveau mode de calcul des dommages-intérêts octroyés aux victimes de la contrefaçon devant permettre « d'améliorer sensiblement la réparation du préjudice subi par les titulaires de droits ». ■

Jean-Guillaume Monin

### Codification de la clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété permettant de suspendre l'effet translatif de propriété d'un contrat jusqu'à la pleine exécution de l'obligation qui en constitue la contrepartie, à savoir le plus fréquemment le paiement du prix, vient d'être codifiée à droit constant aux articles 2367 et suivants du Code civil. L'ordonnance du 23 mars 2006 supprime toutefois l'alinéa 2 de l'article L.624-16 du Code de commerce qui disposait que dans le cadre de procédures collectives « la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux créanciers à moins que les parties n'en aient convenu autrement par écrit ». Cette dispo-

sition permettait notamment dans l'hypothèse d'opposition entre des conditions générales de vente et des conditions générales d'achat de faire prévaloir la réserve de propriété édictée par le vendeur. Cette suppression renforce considérablement l'importance pour tout vendeur de s'assurer que la clause de réserve de propriété contenue dans ses documents commerciaux, et notamment ses conditions générales, a bien été acceptée par son cocontractant. ■

Laurent Romano  
Alexandre Charlaix

## Avertissement légal

Ce bulletin d'information ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

## Titularité des droits

Ce bulletin d'information est la propriété de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

## Directeur de la publication

Jérôme Lucas

© CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

*Ce bulletin d'informations est réservé aux clients de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon et à toute personne en ayant exprimé la demande. Sa reproduction est autorisée sous réserve de la mention de la source. Les éléments d'information contenus dans le présent bulletin ne peuvent permettre à eux seuls d'arrêter une décision.*

### CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE LYON

174, rue de Créqui, 39396 Lyon Cedex 03, France

Tel. : +33 4 78 95 47 99 - 04 72 61 84 27

CMS Bureau Francis Lefebvre est membre de CMS, alliance de grands cabinets d'avocats européens offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 3800 collaborateurs, dont plus de 2000 avocats et 575 associés, CMS s'appuie sur 47 implantations dans le monde.

*CMS Bureau Francis Lefebvre is a member of CMS, the alliance of major European law firms providing businesses with legal and tax services across Europe and beyond. Operating in 47 business centres around the world, CMS has over 575 partners, more than 2,000 legal and tax advisers and a total complement of over 3,800 staff.*

### Cabinets membres de CMS / CMS member firms:

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, CMS Bureau Francis Lefebvre, CMS Cameron McKenna LLP, CMS DeBacker, CMS Derks Star Busmann, CMS von Erlach Henrici, CMS Hasche Sigle, CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Implantations mondiales principales

et secondaires de CMS / CMS offices

and associated offices worldwide: **Berlin,**

**Brussels, London, Madrid, Paris, Rome,**

**Utrecht, Vienna, Zurich,** Aberdeen, Ams-

terdam, Antwerp, Arnhem, Beijing,

Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest,

Budapest, Buenos Aires, Casablanca,

Chemnitz, Cologne, Dresden, Düsseldorf,

Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Hilversum,

Hong Kong, Leipzig, Lyon, Marbella, Milan,

Montevideo, Moscow, Munich, New York,

Prague, Sao Paulo, Seville, Shanghai, Sofia,

Strasbourg, Stuttgart, Warsaw and Zagreb.

[www.cms-bfl.com](http://www.cms-bfl.com)